

PROCESSO - A. I. Nº 279470.0001/04-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e TRIKEM S/A
RECORRIDOS - TRIKEM S/A e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0333-02/04
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 09/06/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0179-11/05

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Efetuadas correções nos levantamentos, pelo autuante, que considerou as perdas normais e as provenientes de outros fatores, ocorridas em diversas etapas, desde o recebimento da mercadoria em transferência, até o consumo final. Infração parcialmente elidida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime. Recurso Voluntário **PREJUDICADO** em face do pagamento do débito julgado. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário, visando impugnar a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte do Auto de Infração lavrado em 05/05/2004, que exige ICMS no valor de R\$201.328,07, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Exercícios de 2002 e de 2003.
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado.

O contribuinte autuado interpôs Recurso Voluntário, sustentando a impossibilidade de submeter a Recurso de Ofício uma simples revisão de lançamento efetuada pela autoridade fiscal autuante, vez que não se aplica ao caso sob análise o disposto no artigo 169, I, “a” do RPAF estadual, posto entender que não foi a Decisão de Primeira Instância que reduziu o crédito tributário exigido, mas, sim, a revisão de ofício do lançamento fiscal. Sustenta que não cabem as multas por infração de obrigação principal, pois o autuado é sucessor da empresa que cometeu as infrações e que as exigências foram feitas após a incorporação, sendo o autuado responsável apenas pelo tributo devido e não pelas multas. Ao final, discorre sobre a nulidade da Decisão recorrida por não ter a 2ª JJF apreciado a alegação de descabimento da multa, entendendo que a negativa de prestação jurisdicional pela 2ªJJF inquinou a Decisão recorrida de nulidade. Alternativamente, analisando a aplicabilidade do art. 42, II, da Lei nº 7.014/96, entende que não se aplica ao caso presente, pois o citado inciso diz respeito à hipótese de não recolhimento do imposto mediante a

prática de atos fraudulentos, o que não é o caso. Alega ainda o caráter confiscatório da multa imposta, entendendo que o percentual de 150% do valor do imposto, nos moldes do art. 42, V, “b”, da Lei nº 7.014/96, implica em enriquecimento sem causa do ente arrecadador, posto que, de acordo com o seu entendimento, a multa deve ser utilizada como forma de desestimular o ilícito e punir o infrator, não devendo consistir em meio para que o Estado lance mão do patrimônio do contribuinte, a exemplo do que ocorreu no presente caso. Citou doutrina e entendimento jurisprudencial para sustentar suas razões, concluindo, na hipótese dessa Câmara decidir pela aplicação da multa de infração à sociedade incorporadora, pela aplicabilidade da penalidade prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, quanto ao item I, e, com relação ao item 2 do Auto de Infração, pela aplicabilidade do art. 42, VII, “a” da mesma Lei.

A 2ª JF, por sua vez, propôs o Recurso de Ofício, em razão de ter acolhido parte dos argumentos defensivos, sobretudo quando alegou que ao ser efetuado o lançamento por parte do agente autuante, esse deixou de considerar as perdas normais sofridas pela soda cáustica, em solução aquosa, bem como as perdas decorrentes das incertezas de arqueação. Em suas razões de decidir, observou a Junta de Julgamento *que as perdas normais do ciclo econômico da soda cáustica, recebida em transferência, da unidade fabril localizada em Alagoas, até a sua venda, atingem o percentual de 0,5%, e as perdas por manipulação do produto, tais como as decorrentes das incertezas na arqueação, tanto do tanque dos navios, quanto do tanque da Tequimar, podem ocasionar uma redução de até 0,4% na quantidade de soda cáustica consignada nas notas fiscais de entrada do produto que o autuante analisando os argumentos da empresa, retifica o levantamento, inferindo que a soda cáustica em solução aquosa sofre, desde a saída da fábrica de Alagoas, até o consumidor, perdas normais do produto, da ordem de 0,5%. Tais perdas normais equivalem a aproximadamente 0,5%, conforme se infere do próprio contrato firmado com o Terminal Químico de Aratu, documento 03, de fls. 161/164 que, pela prática no armazenamento de grãos líquidos, não se responsabiliza por perdas no produto armazenado, em percentual de até 0,5% que há uma redução de até 0,4% na quantidade de soda cáustica consignada nas notas fiscais de entrada do produto, decorrentes das perdas por manipulação do produto, acima explicitadas.*

Assim, consoante o entendimento acima, entendeu por não existir nenhuma diferença de estoque, no levantamento referente ao exercício de 2002, inexistindo assim débito a ser exigido. Em 2003, em razão de ter sido apurada uma diferença de 428,179 toneladas, acatou a conclusão do fiscal autuante e entendendo que o total de entradas foi de 18.235,40 toneladas, o que equivale a uma perda de 164,119 toneladas (0,9% de 18.235,40 toneladas).

Deste modo, a diferença apurada referente à omissão de saídas após o abatimento do percentual relativo às perdas normais foi de 264,06 toneladas (428,179 – 164,119), referente ao exercício de 2003, o que corresponde ao débito de ICMS no valor de R\$ 38.351,49, com data de ocorrência em 31/07/2003 e de vencimento em 09/08/2003.

A PGE/PROFIS opinou pelo Provimento do Recurso Voluntário, observando que o fato de se negar a apreciar o fundamento da inaplicabilidade da multa, a 2ª JF não prestou a sua atividade jurisdicional de forma completa, entendendo não haver razão jurídica para sustentar a não apreciar a alegação de nulidade suscitada pelo autuado. No entendimento da Procuradoria, *a matéria objeto de questionamento é de ordem jurídica, cabendo ao julgador se pronunciar sobre ela, de forma a esclarecer as razões pelas quais o autuante aplicou a multa, ou se for o caso, concluir pela sua inaplicabilidade, tudo em conformidade com os princípios do processo administrativo fiscal, em especial, o do devido processo legal, ampla defesa e contraditório.* Sendo assim, opinou que essa Câmara de julgamento Fiscal declarasse a nulidade da Decisão recorrida, retornando o processo para apreciação do quanto alegado.

Às fls. 250 a 252 foram juntados extratos do SIDAT indicando que o PAF se encontra na “Situação 25 – Baixado Por Pagamento”, enquanto que a fl. 253 consta o despacho da lavra do procurador Rogério Leal Pinto de Carvalho citando: “*entendo que resta prejudicado o Recurso Voluntário interposto, devendo ser apreciado o Recurso de Ofício...*”. Também foi juntado às fls. 256 a 258, Nota Fiscal Avulsa nº 309648, emitida pela SEFAZ referente emissão de Certificado de Crédito para quitação do débito, conforme extratos anexos.

VOTO VENCIDO (Quanto ao Recurso de Ofício)

Da análise do Julgamento da Junta de Julgamento Fiscal e os respectivos recursos e, analisando as informações constantes no extrato do Sistema de Informações da Administração Tributária – SIDAT - fl. 254 -, verifico que o Auto de Infração foi baixado por pagamento em 22/02/05. Sendo assim, entendo que resta prejudicado o Recurso Voluntário interposto, devendo ser apreciado unicamente o Recurso de Ofício.

Nesse sentido, observo que a Decisão recorrida deve ser reformulada, pois ao analisar a inaplicabilidade da multa em razão de ser o autuado empresa sucessora por incorporação, a Junta de Julgamento Fiscal incorreu em erro, passível de nulidade, ao negar a apreciar o fundamento de inaplicabilidade da multa suscitado pelo autuado, sustentado que aquele momento processual não era adequado para que o CONSEF analisasse a questão, afirmando, na oportunidade, que o CONSEF não teria competência para tal, devendo a PGE/PROFIS no controle da legalidade apreciar tal argumento.

Ora, partindo do entendimento de que a matéria objeto de questionamento é de ordem jurídica, o julgador administrativo tem o dever de se pronunciar sobre ela, de forma a esclarecer as razões pelas quais o autuante aplicou a multa, ou se for o caso, concluir pela sua inaplicabilidade. A negativa da prestação jurisdicional por parte da 2ª JJF inquinou a Decisão recorrida de nulidade.

Vejamos o entendimento do CONSEF ao analisar a matéria em questão:

“ACÓRDÃO CJF Nº 0686/00

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE APRECIÇÃO DAS PRELIMINARES SUSCITADAS PELO DEFENDENTE. NOVA DECISÃO. As preliminares argüidas quando não apreciadas com a devida fundamentação implicam cerceamento de defesa. É nula a Decisão não fundamentada. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento Fiscal para proferir nova Decisão. Recursos PROVIDOS. Decisão unânime.

Ante o exposto, voto PREJUDICADO Recurso Voluntário apresentado, em razão do Auto de Infração ter sido baixado por pagamento em 22/02/05 e pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para declarar a nulidade da Decisão recorrida, devendo o processo retornar para a 2ª JJF para apreciação da alegação de inaplicabilidade da multa, em razão de ser o autuado empresa sucessora por incorporação.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso de Ofício)

Ouso discordar do voto de relator do PAF.

Quanto ao Recurso de Ofício, considero correta a posição adotada pela 2ª JJF, que acatou as correções promovidas pela autuante, uma vez que as perdas no processo produtivo e de armazenamento não haviam sido computadas no levantamento original.

No que concerne ao Recurso Voluntário, a partir do momento em que o próprio recorrente desistiu do mesmo, ao promover o recolhimento do imposto, com as devidas cominações legais, na forma em que fora condenado em 1ª Instância, este está prejudicado.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para homologar a decisão recorrida e considero PREJUDICADO o Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentando e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279470.0001/04-6**, lavrado contra **TRIKEM S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$141.995,46**, acrescido das multas de 70% sobre R\$38.351,49 e 150% sobre R\$103.643,97, previstas no art. 42, III e V, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso de Ofício): Conselheiros Ciro Roberto Seifert, Eduardo Nelson de Almeida Santos, Fernando Antônio Brito de Araújo e Antônio Ferreira de Freitas.

VOTO VENCIDO (Quanto ao Recurso de Ofício): Conselheiro Eratóstenes Macedo Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

ERATÓSTENES MACEDO DA SILVA – RELATOR/VOTO VENCIDO (Quanto ao Recurso de Ofício)

CIRO ROBERTO SEIFERT – VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso de Ofício)

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR DA PGE/PROFIS